

Introduction :

Art. 1 du c. commerce. : Sont commerçant ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle

approche subjective de la matière héritée de la révolution française = négation de la conception objective dont le principal critère est la profession de commerçant.

Il faut combiner les deux conceptions : l'acte de commerce = fait par commerçant dans le cadre de son commerce.

On peut faire un acte de commerce sans être commerçant ou être commerçant sans faire uniquement des actes de commerce

Définition du commerçant: celui qui passe par l'acte de commerce d'une part, celui qui passe par le circuit commercial d'autre part.

Chapitre 1 : Les actes de commerce :

définition de l'acte de commerce = loi silencieuse.

art 632 énumération désordonnée et incomplète les opérations que la loi répute acte de commerce. Pourtant il est malaisé de différencier un acte commercial d'un acte civil. Le régime juridique dépend de la qualification.

Section 1 : les différentes catégories d'actes de commerces :

art 632 du Code de commerce figure dans une section consacrée à la compétence des tribunaux de commerce, leur compétence devait donc être interprétée strictement. Dans la pratique, art 632 du Code de commerce = hétéroclite et incomplet. La jurisprudence ne considère plus que 632 a un caractère limitatif. Art 632 aujourd'hui interprété de manière extensive de façon à qualifier de commerciales des activités nouvelles inconnues en 1807. D'où trois catégories :

- actes de commerce par la forme
- actes de commerce par nature
- actes de commerce par accessoire

actes mixtes pas autre catégorie mais modalité qui peut être prise par les actes de commerce.

§ 1 Actes de commerce par la forme (ou actes de commerce objectifs) :

A raison de leur forme, on va soumettre ces actes à la législation commerciale sans tenir aucun compte de la personne qui a accompli cet acte (conception objective). Toute personne est donc capable d'accomplir un tel acte : lettre de change, actes accomplis par les sociétés commerciales par la forme.

A. la lettre de change :

Il s'agit d'une traite = variété d'effet de commerce. Effet de commerce = tout titre négociable qui donne droit au paiement d'une somme d'argent à vue ou à échéance. Parmi les effets de commerce seule la lettre de change est un acte de commerce par la forme, les autres ne sont pas présumés commerciaux par la loi.

lettre de change = acte de commerce écrit par lequel un créancier, le tireur, invite un débiteur, le tiré, à verser une certaine somme à une tierce personne, le bénéficiaire ou le porté, sous une échéance assez brève.

Intérêt = permet à la fois d'opérer un paiement et de consentir un crédit. Cette commercialité objective repose sur la tradition. Présomption de commercialité de la lettre de change = irréfragable. Toute personne qui émet une lettre de change = tireur, tiré ou preneur, se soumet donc ipso facto aux règles du droit commercial. Une loi de 1978 a rendu nulle toute lettre de change signée par un consommateur qui fait un achat à crédit, le consommateur put néanmoins signer une lettre de change portant sur un autre objet.

B. les actes accomplis par des sociétés commerciales par la forme.

La loi a considéré que des sociétés devaient être considérées comme commerciales à raison de leur seule forme, même si leur objet est un objet civil, entraîne l'application de la compétence commerciale et des règles relatives à la faillite ;

> Société anonyme, Société en commandite par action, SARL, Société en commandite simple, Société en nom collectif

§ 2 Actes de commerce par nature :

> art 632 du Code de commerce = commerce de terre, art 633 du Code de commerce = commerce de mer

Liste hétéroclite d'actes et d'activités (aucune définition synthétique) dressée sans aucun ordre apparent.

Aujourd'hui conception extensive (interprétation analogique) de l'énumération de l'article 632 du c. com.

Deux catégories d'actes de commerce par nature :

- Première catégorie : acte de commerce même pris isolément.

- Seconde catégorie : acte de commerce seulement si accompli dans le cadre de l'activité d'une entreprise.

A. les actes de commerce à l'état isolé :

art 632 du c. com.

1 L'achat pour revendre : trois conditions doivent être remplies pour qu'un tel acte puisse mériter la qualification d'acte de commerce, même si accompli isolément:

a/ Il faut un achat initial (= acquisition moyennant contrepartie, location, ce qui compte c'est le paiement d'une contrepartie.

D'où agriculture exclue en principe, du champ commercial, sauf agriculture industrielle. Exclusion du domaine commerciale toutes les productions par extractions sauf l'exploitation des mines qui est commerciale.

Est civile la production intellectuelle En revanche ceux qui organisent les échange de ces productions sont commerciaux. Ceux qui exercent une profession libérales = actes civils sauf lorsqu'ils sont organisés en société commerciale par la forme.

b/. L'action doit porter, à l'origine, sur un meuble corporel.

Traditionnellement les transactions immobilières sont considérées comme des opérations civiles. Il en résulte que sont considérés comme commerçants les lotisseurs et acheteurs de biens immeubles pour les revendre en l'état. Cette définition exclue les promoteurs.

c/ Achat fait dans l'intention de revendre et de louer : peu importe que par la suite, la chose n'ai pas été revendue.

2. opérations de banque, de change et de courtage :

Courtage = opération d'intermédiaire entre deux autres personnes pour les rapprocher en vue de la conclusion d'un contrat.

Change = opération qui consiste à transformer des espèces nationales en monnaie étrangère ou inversement.

Extension aux opérations de bourses = acte de commerce si répétée et quasi professionnelle même par un non commerçant. Le critère objectif compléter par un critère subjectif (accomplis dans un cadre quasi professionnel.)

B. les actes ne pouvant être accomplis que dans le cadre d'une société:

632 c. com: sont commerciaux les actes accomplis "par entreprise". Interprétation : actes accomplis de manière régulière et dans le cadre d'une organisation préétablie. (conceptions subjectives et objectives

632 du Code de commerce énumère 7 types d'actes accomplis en entreprise :

entreprise dites de manufacture : les activités industrielles ou de transformation. Objet = achat de matières premières ou de produits non finis de manière à en transformer l'utilité économique et à les revendre sous forme de produits transformés. L'exigence d'une entreprise au sens de 632 a pour effet d'écarter du droit commercial les activités artisanales et agricoles.

- l'entreprise de commission : commission = forme commerciale du mandat civil. Il s'agit d'un contrat en vertu duquel une personne nommée commissionnaire est chargée d'accomplir en son nom mais pour le compte d'un commettant une ou plusieurs opérations
- entreprises de transports de personnes ou de marchandise quelque soit le moyen de transport. Assimilation des entreprise de déménagement mais pas les auto-école
- entreprise de fournitures : un fournisseur s'engage a approvisionner pendant un certain temps une autre personne en marchandise ou en service.
- les entreprise de vente dite à l'encan = établissements dans lesquels sont effectués des ventes de meubles corporels aux enchères et ou toute personne peut se porter acquéreur. Par extension = toutes entreprise de dépôt, mais pas les opérations de vente publique par commissaire
- établissements de spectacles publics

Cette énumération comprend des lacunes. Très vite, les tribunaux ont compris qu'un raisonnement analogique s'imposait si on ne voulait pas laisser sans qualification toute une série d'acte.

C. Recherche d'un critère général de la commercialité :

Trois pistes : Notion de circulation, notion de spéculation, notion d'entreprise

Notion de spéculation :

Spéculer = chercher un bénéfice = chercher un profit pécuniaire.

Acte dans le but de produire de la richesses à travers la production de produit ou de service même si l'activité concernée ne se révèle pas bénéficiaire. Intention spéculative = déterminante. Ce critère ne semble pas suffisant pour déterminer un acte de commercial. Mais problème pour les activités agricoles, libérales etc.

Notion de circulation. L'acte de commerce se situe entre deux actes : entre l'acte du producteur et celui du consommateur. Mais ce critère n'est pas suffisant à lui seul car il y a des actes d'entremise qui ne sont pas animées par un désir de spéculation et donc ne constituent pas des actes de commerce.

L'idée d'entreprise . Un acte de commerce est accompli par une entreprise = répétition professionnelle de l'acte reposant sur une organisation préétablie. Deux objections : On connaît dans le code de commerce des actes de commerce intervenus hors du champ des entreprise = actes isolés. En outre, beaucoup d'activités non commerciales sont accomplis en entreprise.

Définition de **Guillon : Acte de commerce** : "Acte qui réalise une entremise dans la circulation des richesses, effectué avec l'intention de réaliser un profit pécuniaire." Les personnes physiques ou morales exerçant l'une des activités prévues par 632 dans un but charitable ou idéaliste ne seraient pas des entreprises commerciales. Il suffit que l'entreprise ait pour but la réalisation d'un profit pour que l'entreprise soit commerciale. Mais l'inverse n'est pas vrai.

§3 les actes de commerce par accessoire :

Actes de commerce subjectifs. Acte de commerce n'entrant dans aucune des catégories précédentes et qui devrait être un acte civil mais que la jurisprudence soumet aux règles du droit commercial parce qu'il est accompli par un commerçant à la cour de cassation et dans l'intérêt de son commerce. Les articles 631-1 et 632 al 9, mais aussi 638 al 1 du Code de commerce consacrent cette théorie de l'accessoire dont l'unité première est de permettre une unification des régimes et des compétences pour les actes accomplis par un commerçant à la Cour de cassation et au cours de son activité professionnelle. D'où assimilation fictive d'un acte civil à un acte commercial.

Cette assimilation repose sur la volonté du juge et de la loi de soumettre aux règles du droit commercial les actes qui, par leur nécessité complètes d'autres actes accomplis par le commerçant. Ainsi, on dira du commerçant qui achète un camion pour s'en servir dans le cadre de sa profession qu'il accomplit un acte de commerce alors même qu'il n'a pas l'intention de revendre le camion. L'acte ne revêtira un caractère commercial que s'il se rattache étroitement à l'activité du commerçant.

A contrario, les actes faits par un commerçant pour l'accomplissement de sa vie privée. Conception de l'accessoire directement inspirée de la conception subjective de l'acte de commerce. C'est donc la personne du commerçant qui permet de définir l'acte de commerce et non pas l'inverse. *major pars trahit ad se minorem*.

Le problème est qu'il est parfois difficile de connaître l'intention du commerçant. D'où problème de preuve. Preuve du lien entre l'acte considéré et la profession commerciale de son auteur et pour faciliter la solution de cette délicate question, la jurisprudence pose une présomption de commercialité pour les actes accomplis par un commerçant. Pour poser une telle règle la jurisprudence s'est fondée sur 638 al 2 du Code de commerce qui établit une telle présomption pour les billets à ordres signés par les commerçants. Présomption simple, supporte la preuve contraire. Celui qui voudrait se prévaloir du caractère civil d'un tel acte pourrait par tout moyen prouver sa nature civile. De ces propos on peut déduire quels sont les conditions de la commercialité accessoire et son domaine.

A. conditions de la commercialité par accessoire.

Les articles 631 et 632 Du Code de commerce paraissent exiger que ces actes soient conclus entre deux commerçants. La jurisprudence fait preuve de souplesse en acceptant que l'un des deux cocontractants soit un non commerçant. L'acte sera alors soumis au régime des actes mixtes. Cette première condition tenant à la qualité

de commerçant de l'auteur de l'acte connaît néanmoins une exception : sont considérés comme de nature commerciale les contrats conclus par un futur commerçant, dès lors que cet acte a pour but de permettre l'exercice du commerce. C'est ainsi que la chambre commerciale a décidé que l'individu non encore commerçant qui achète un fond de commerce. La chambre commerciale fait comme si l'individu agissait pour les besoins de son commerce. Cette solution doit être considérée comme s'étendant à tous les actes préparatoires à la création d'un commerce. D'où exigence de la qualité de commerçant est à considérer au sens large.

L'autre condition requise = pour devenir commercial par accessoire, l'acte civil doit être conclu pour un acte de commerce. D'où sont exclus du droit commercial, les opérations totalement étrangères au commerce = celles qui se rattachent à la vie domestiques ou familiales du commerçants.

B. le domaine de la commercialité par accessoire.

Ce domaine est très vaste : la jurisprudence fait un emploi très extensif de la théorie de l'accessoire sous une unique qualification ce qui permet au passage de les soumettre à une nouvelle juridiction. Jurisprudence considère que ce type de commercialité peut s'appliquer aussi bien aux contrats conclus par un commerçant qu'aux engagements extracontractuels nés à la cour de cassation et du fait de son activité. S'agissant des obligations contractuelles, nombreux sont les contrats conclu par le commerçant pour le fonctionnement de son commerce :

- prêt
- assurance
- contrats de travail avec le salarié = acte mixte : commercial pour le patron, civil pour le personnel embauché et échappe à la compétence des tribunaux de commerce et relève impérativement et exclusivement de la juridiction prud'homale seule compétente en matière de conflits individuels du travail.
- cautionnement = contrat par lequel une personne (la caution) s'engage envers un créancier à exécuter l'obligation de son débiteur pour le cas où ce dernier n'y aurait pas lui-même satisfait. Or traditionnellement, le cautionnement est considéré comme un acte civil = traditionnellement, un service rendu entre parents ou amis. D'où service par nature civil. Va rester civil même si l'opération cautionnée = commerciale, même si les deux parties à l'acte ont toutes deux les qualités de commerçants. Néanmoins si l'opération est commerciale et si la caution y trouve un intérêt patrimonial personnel, alors, le cautionnement va devenir commercial. D'où problème de la preuve de l'intérêt.

Par ailleurs, les tribunaux ont étendu la théorie de l'accessoire aux engagements qui résultent de la convention mais aussi aux obligations qui existent sans conventions = quasi contrats = Répétition de l'indu, gestion d'affaire, enrichissement sans cause. Mieux encore, la doctrine et la jurisprudence sont unanimes pour reconnaître qu'à un caractère commercial le délit civil commis par un commerçant, à la cour de

cassation ou dans l'exercice de son commerce. Ex : concurrence déloyale (= délit fondé sur 1382 du Code civil). D'où compétence des juridictions consulaires. Par extension, tout fait dommageable même non intentionnel causé par imprudence ou négligence de la part du commerçant est considéré comme un fait de commerce.

Jurisprudence et doctrine : est donc commerciale, la responsabilité civile délictuelle et quasi délictuelle que peut encourir tout commerçant à l'égard d'un tiers à raison des fautes commises dans l'exercice de son commerce.

Deux remarques :

- bien que se rattachant à une activité commerciale, certains actes n'ont pas suivi ce mouvement d'extension de la responsabilité commerciale = dettes fiscales et de sécurité sociales dues par le commerçant.
- D'autres actes, bien que de nature commerciale ne relève pas des tribunaux de commerce. Echappent aux juridictions consulaires les actions en responsabilités nées des accidents causés par les véhicules des commerçants. Ici, quand bien même le transport serait commercial les problème de responsabilité relève de la compétence exclusive du TGI.

Où est l'intérêt de déclarer ces actes de commerciaux dès lors qu'il sont exclus de la compétence des tribunaux de commerce ? Réponse : le régime juridique des acte de commerce ne se résume pas à la compétence exclusive des tribunaux de commerce.

- Cette théorie de l'accessoire ne fonctionne pas à sens unique : elle donne un caractère commercial à des actes civils mais cette théorie de l'accessoire peut parfaitement conférer à des actes commerciaux par nature un caractère civil. Il suffit pour cela que cet acte commercial par nature soit l'accessoire d'une opération civile.

Si on prend un si grand soin à essayer de circonscrire le domaine des actes de commerce c'est qu'il y a une raison : les uns et les autres ne sont pas soumis au même régime juridique.

Section 2 : le régime juridique des actes de commerce :

Les règles juridiques qui gouvernent les actes de commerce sont particulière car doivent répondre à des nécessités propres au commerce parmi lesquelles la rapidité des transactions. D'où règles de faveur = moins rigoureuses que celles du droit civil destinées à fractionner les opérations commerciales.

Autre exigence = renforcement du crédit = assuré par des règles tantôt plus strictes tantôt plus libérales que celles du droit commun.

Les litiges auxquels les actes de commerce peuvent donner naissance sont plus simples que devant les juridictions civiles sans parler de la possibilité propre du

contentieux commercial de recourir grâce à la clause compromissoire à l'arbitrage. Régime juridique des actes de commerce conclus en forme de convention = l'essentiel des actes de commerce dont on verra qu'ils se singularisent en terme de preuve et s'agissant de la manière dont il s'exécute.

§1 La preuve des contrats commerciaux :

En matière civile, la loi exige un écrit pour prouver les contrats qui portent sur une valeur supérieur à 5000f. Cette exigence d'une preuve écrite repose sur le soucis d'atténuer les risques du consensualisme. Volonté de protection de la volonté des cocontractants contre des engagements irréfléchis et on cherche aussi à prévenir les procès éventuels en donnant plus de certitude à la convention.

Cette règle comporte une importante dérogation en matière commerciale ou prévaut le principe de la liberté de la preuve. Cf. art 109 du Code de commerce. Cette solution que nous devons à une longue tradition s'explique par la nécessaire rapidité des opérations du commerce. Cette rapidité serait entravée par l'obligation pour le commerçant de préconstituer une preuve de son engagement par un écrit. Exigence faite par la loi d'établir des livres de commerce qui jouent le rôle de l'écrit dans la preuve puisque ces documents laissent une trace des opérations commerciales effectuées par le commerçant. Cette liberté de la preuve en matière commerciale ne concerne que les actes accomplis par des commerçants dans l'exercice ou pour le service de son commerce.

On pourra à cet effet utiliser des moyens traditionnels : indices, témoignages etc. Mais aussi les moyens inspirés des nouvelles technologies = micro fiches, micro films etc. Mais surtout les documents spécifiquement commerciaux = documents comptables, factures, bons de commande, correspondance commerciale.

Principe de liberté de la preuve battu en brèche parce que le besoin de sécurité inspire un retour à un certain formalisme pour assurer la sécurité juridique à l'égard des cocontractants et des tiers. D'où l'exigence d'un écrit pour certains contrats commerciaux.

On sait par ailleurs que sont par essence formalistes les effets de commerce en outre, se développe beaucoup la pratique des contrats types revêtant nécessairement l'apparence d'un écrit.

§2 : Exécution des contrats commerciaux :

A. Prescription des actes de commerce :

Prescription extinctive de 10 ans en matière commerciale. 189 bis du Code de commerce.

B. Solidarité des débiteurs :

En cette matière, ce sont des règles plus rigoureuses qu'en droit commun qui vont s'appliquer. Accent mis sur la nécessaire sécurité et ponctualité des opérations commerciales. Illustration s'agissant de la solidarité. Une même obligation peut lier entre eux deux ou plusieurs sujets aussi bien du côté actif que du côté passif. Quand il y a un créancier pour plusieurs débiteurs de la même obligation, la règle est que l'obligation plurale sera conjointe en ce sens que chaque débiteur ne sera redevable que d'une fraction de l'obligation. Par conséquent, le créancier, s'il veut recouvrer l'intégralité de son droit, diviser ses poursuites entre les débiteurs.

Un créancier pourra bénéficier d'une modalité de l'obligation plus favorable = solidarité. En cas d'obligations solidaire, le créancier va se trouver conforté dans son droit en ce qu'il va pouvoir se retourner contre un seul de ses débiteurs pour se faire verser l'intégralité des sommes = protection du créancier contre l'insolvabilité de l'un des débiteurs. Comme cette solidarité donne à l'obligation un poids supplémentaire, la loi civile exige que la solidarité résulte que d'une stipulation contractuelle ou d'une disposition de la loi. En droit civil, la non solidarité des parties se présume. C'est là que le droit commercial s'éloigne du droit commun. En droit commercial = solidarité = règle, la solidarité se présume. Les parties peuvent cependant y déroger par une clause expresse l'écartant. présomption = règle d'origine coutumière proclamée par la jurisprudence.

C. Délais de grâce :

Il sera plus difficile au commerçant d'obtenir en matière commerciale qu'en matière civile un délais pour remplir ses obligations. Exigence de ponctualité. Le manquement du débiteur commercial à son obligation pourra entraîner des manquements en cascade. Rien n'interdit au créancier de lui accorder à l'amiable des facilités de paiement.

D. Anatocisme (=capitalisation des intérêts) :

En matière civile deux conditions à la capitalisation : stipulation expresse des parties et limitée aux intérêts dus au moins pour une année entière.

En matière commerciale l'anatocisme joue librement. Peut avoir été prévue pour une période inférieure à une année, (mais supérieure à 3 mois.) D'où plus grande rigueur de l'obligation commerciale.

E. Réfaction du contrat :

Particularité qui tient à l'inexécution partielle du contrat. Alors qu'en droit civil, la sanction de l'inexécution est la résolution du contrat. En droit commercial possibilité de réfaction = réduction du prix à la demande de la partie victime de l'inexécution. Ici encore, réfaction ne repose sur aucun texte. Il n'entre pas d'avantage dans la

capacité du juge de refaire le contrat. Pourtant, ce procédé est admis par les usages du commerce. La réduction du prix est surtout pratique en présence d'un manquement à une obligation de délivrance. D'où nécessité que l'inexécution ou que l'exécution défectueuse ne soit pas trop grave. Encore faut-il que la marchandise livrée soit encore utile à l'acheteur. Donc, il faut concrètement imaginer l'hypothèse d'un acheteur pas livré de la totalité de sa commande ou livré de manière défectueuse. La réduction du prix sera une mesure probablement mieux appropriée qu'un anéantissement rétroactif du contrat commercial conséquence de sa résolution.

§3 Le régime particulier des actes mixtes.

Dans notre droit un acte est dit mixte lorsqu'il met en présence un commerçant et un non commerçant (ça n'est pas une nouvelle catégorie) , par ex. les actes de consommation. Ces actes sont commerciaux à l'égard du commerçant alors qu'ils gardent un caractère civil pour le non commerçant. S'étendent aux domaines quasi contractuels et délictuels. Certains actes sont rebelles à la mixité = commerciaux par la forme. Problème du régime juridique applicable aux actes mixtes : droit commun ou droit commercial ?

A. Le principe : distributivité.

- capacité de s'obliger. La capacité commerciale requise chez le commerçant alors que la capacité civile suffit pour le non commerçant.
- preuve : le régime d'administration de la preuve dépend de la qualité du défendeur. Si le défendeur est commerçant, son adversaire pourra prouver contre le lui, par tout moyen. Au contraire si le défendeur est le non commerçant, alors, le commerçant devra respecter les règles civiles d'administration de la preuve.
- détermination de la juridiction compétente : si le défendeur est non commerçant, le demandeur ne pourra l'assigner que devant le tribunal civil. Dans le cas contraire, le demandeur dispose d'une option et peut assigner le commerçant devant le tribunal civil ou commercial. La clause de compétence territoriale n'est pas opposable au non commerçant.

B. les exceptions :

Cas où la distributivité est impossible ou aboutit à des résultats absurdes.

- prescription : décennale pour actes mixtes.
- clause compromissoire : valable que pour les litiges entre commerçants ou pour les litiges relatifs aux actes de commerce passés entre toute personnes même non commerçantes. D'où clause = nulle pour actes civils et pour actes mixtes.